

不動産物権変動における公示の原則と登記の効力(二)

——プロイセン——ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則——

石
田

剛

第一章 はじめに

第二章 一八七二年土地所有権取得法(EEG)の成立

第一節 ドイツ法概観

第二節 プロイセン形式主義立法

第三節 物権的合意主義(以上、四六号)

第四節 EEG立法過程

第三章 EEG制定後

第一節 RG判例(以上、本号)

第二節 ドイツ民法典(BGB)の制定

第三節 BGB制定後

第四章 結 語

第二章 一八七二年土地所有権取得法（EEG）の成立

第四節 EEG立法過程

（1）序 説

EEGの政府草案は、レオンハルト及びその後任のフェルスターの主導により、一八六八年に第一案が起草されたのを皮切りとし、一八六九年草案⁽¹⁾、一八七一年草案と二度にわたる修正を経て、一八七一年から委員会における検討並びに議会の審議に付された。本節では審議のたたき台となった一八七一年草案を素材にその立法過程を詳細に紹介した上で検討を加える。草案の所有権取得に関する部分（第一―第三三条）は、翌一八七二年二月五日第八回審議、二月六日第九回審議、三月一九日第一九回審議読会において、上院で審議され、下院においては同年三月一日第四六回審議読会の審議を経て、最終的に一八七二年五月五日に、法律として結実した。

EEGの妥当が予定されていた区域⁽²⁾には、普通法、ALR、ドイツ地方固有法、フランス法など、雑多な法制度を持つラントが並存していたため、法の分裂状態を統括するために思い切った決断が必要であった。統一的土地所有権取得法として草案が目指した二大改革点は、第一に、不動産取引の公示手段を引渡から登記へ移行し一元化すること、第二に、物権的合意主義の採用⁽³⁾物権行為の独自性及び無因性を承認すること、であった。第一点の登記主義の採用自体について声高な異論はなかったが、第二点に関しては大きな反響が巻き起こった。具体的に言うならば、上院・下院の委員会報告書並びに議会における議論は、第一に、所有権譲渡の合意（Auflassung）を認定するにあたり、原因行為となる債権契約がある場合に、その債権契約を証明する書類の提出を義務づけるべきかどうか、そしてその書類の審査を登記官に行わせるべきか否か、という問題、第二に、ALRで採用されていた*ius ad rem*の廃止と関連して、先行する債権契約並びに引渡済みの事実を知る悪意の第二契約締結者の所有権取得を法

第四条の文言どおり、野放しにしておいてよいのか、すなわち登記を経由しないが不動産を占有利用している第一契約者にある程度の法的保護を与えるべきではないかという問題、をめぐって激しく争うことになったのである。草案は極めて理論的純度の高い内容となったが、その原理・原則の貫徹は反論を喚起した。以下右の二点に即して検討してゆく。

(2) 原因行為証書と物権行為——登記官の審査——

① 草案

まず草案第二条をめぐる議論から検討する。草案は第二条二文において、所有権譲渡の合意の際に「原因証書の提示はこれが必要としない」という注意的規定を設けていた。同時にGBO（不動産登記法）草案第四十九条第二項において、登記官が所有権譲渡の合意（Auflassung）を審査するに当たっても、原因行為の開示を要求してはならないとした。それと接続して、GBO草案第四十七条第二項は、「取得登記又は抹消登記の基礎にある法律行為の瑕疵を理由に、取得登記又は抹消登記の申請を却下することはできない」と規定して、無因論の採用を裏付ける手続法規定を整備した。⁽³⁾

そして草案は、実体法理論としては、従来のALRの権原+取得方式理論、ドイツ地方固有法の登記簿の形式的確定力に依拠する制度のいずれとも異なり、物権的合意主義によって登記主義と合意主義の統合を試みた。すなわち従来のプロイセン形式主義立法では、「契約」とは売買契約・交換契約・贈与契約などの債権契約等を意味しており、これのみを権原としつつ、引渡又は登記という形式の具備がセットとなつて、物権変動の効果が生じるとされた。これに対してEEGでは所有権譲渡の合意自体を「権原」とし、その物権的な合意が登記されるのである。理由書の次の一節はこのことを明確に述べる。「登記は土地に関して、所有権移転を認識可能にする唯一の取得方式である。この取得方式の権原は所有権譲渡の合意に示された意思である。かような意思が売買・交換・贈与のい

れの譲渡契約に基づいているかは、引渡においてそのような債権的権原の種類が問われなかったと同様、やはり重要ではない。なぜなら引渡においても、売買等は本来権原ではなく、売買契約締結において表明された所有権譲渡の意思それ自体が『権原』なのである。引渡自体はかような意思を十分に認識可能な形で示すことができないが、登記の場合にはその前提となる所有権譲渡の合意によって直接的にこうした『権原』を認識可能にする。⁽⁴⁾このように、従来債権契約中の意思に基礎を置いて考えられてきた所有権移転過程を分析し、所有権譲渡の合意を債権契約から分離し、それだけを登記の権原とすることで、⁽⁵⁾草案が形式—分離—無因主義に立つことをEEG第二条並びにGBO第四七条第二項・第四九条第二項が、実体法と手続法双方の面において鮮明にしていたのである。

それゆえに、登記が無効となるのは所有権譲渡の合意自体が無効又は不存在の場合に限られることになる。理由は次の様な場合を例に挙げる。すなわち、第一に、当事者に行為能力がない場合、第二に、目的物に対する処分権限を欠く場合、第三に、登記官の過誤により不正登記がなされた場合、第四に、相続との関連で、相続証書に過誤もしくは偽造があり、又は遺言が、新しい遺言書が発見された等何らかの理由により無効とされる場合には登記も無効となり、真の権利者は登記の取消を行うことができる。⁽⁶⁾

② 上院 [Herrenhaus] における審議並びに議決

上院において草案は保守派からの激しい反対に晒された。フォン・ゴスラーを主幹とする上院委員会は、その報告書の中で、何の原因証書もなしに、土地所有権があたかも手形のように、形式的な口頭の陳述で移転することを認めれば、害意的な譲渡行為を取り消す道も閉ざされる、⁽⁷⁾というのは「非常識な法」であり、草案は理論的一貫性を追求するあまりに現実との適合性を欠くものと批判する。そして上院委員会は、ALRの権原+取得方式体系を擁護する立場から、登記申請の際に原因行為証書の提出と審査を課すべき方向の提案を行った。提案内容は、登記官は、所有権譲渡の合意を受領して登記する際に、当事者から提出された債権契約証書の内容と登記申請内容との

合致を審査すべきであるというものである。⁽⁸⁾ しかしながらこの提案は、改革立法の趣旨との関係では、簡易迅速な取引活動の障害でありまさに排除の標的とされた実質的合法主義 (Legititätsprinzip) への逆戻りを意味するため、当然のことながら政府委員フェルスターは強硬に反対した。⁽⁹⁾ しかし上院委員会の抵抗も執拗であり、草案のような極端な物権的合意主義は、土地の私的収用をもたらし、力関係が対等でない当事者間で無理やり弱者が所有権放棄の意思表示を強いられる危険があり、詐欺的取引を助長する恐れありとまでの極論が出る始末で、議論は平行線をたどった。⁽¹⁰⁾

上院委員会は以上の主張に基づき、登記原因証書の提示を所有権譲渡合意の要件として第二条に明記すべきであるとの案を提示し、この決議案第二条は上院議会の承認を得た。⁽¹¹⁾ そして、手続法規定もこれに歩調をあわせ、GB O上院委員会決議案第四九条第二項において、「登記官は、登記申請及び (原因) 証書の法律の形式が遵守されていない場合、または申請が本法により提示されるべき (原因) 証書と内容上齟齬がある場合に、取得登記または抹消登記の申請を却下できる」と草案を修正する提案を行った。⁽¹¹⁾

③ 下院 (Haus der Abgeordneten) における審議並びに議決

これに対して、上院で一旦覆されたはずの草案は下院委員会報告書の中で再浮上し、下院の審議においては、概ね元の草案を支持する立場が有力であった。⁽¹²⁾ フェルスターは、従来の土地所有権移転過程への国家的介入すなわち実質的合法主義はいわばゆき過ぎた後見とも言うべきものであり、今や自律的な市民の自己決定にこれらを委ねるべきであると述べた。このように、不動産取引における流動化並びに資本主義社会を基礎づける私的自治の尊重という大義名分を持出すことにより、時間切れ間近となりつつあった議論に終止符が打たれ、結局ほぼ草案どおりの内容で法第二条及び手続法のルールが定められた。ただし上院決議案の中で指摘された問題の中で考慮すべき点については、部分的に妥協案として取り入れられた。すなわち、草案第二条二文の文言は削除され、下院決議案の中

で、GBOの規定中に、所有権譲渡合意の際に当事者が原因行為証書を添付して登記官に提出することを認める規定が付け加えられた⁽¹³⁾。これはもっぱら証拠保全の意味合いを持ち、詐害行為や錯誤に基づく取消等の法的保護手段を保証するためのものである。同時に下院の審議では、法第一〇条の債権行為の方式欠缺治癒規定がはじめて議論の対象とされたが、所有権譲渡の合意によって方式要求は既に満たされているのであり、この規定は確認的意味しか持たないものと理解された。

この問題は、草案が所有権移転過程の中で物権行為にスポットライトを当てた反面、債権契約を物権変動効果発生の権原（Title）ではなく、不当利得返還の場合に顧慮される原因（Causa）に過ぎないものとしたことの評価にかかる。すなわち草案によれば、債権契約という「原因」自体は物権変動過程においては有意的でなく、その論理的帰結として、登記手続との関係においては、「原因」行為証書を所有権移転の意思表示の際に提出する必要がある、二重売買の局面においては、第二契約者（取得者）が第一契約という「原因」を認識していることも、第二契約者の物権取得に何ら障害とならないことになる。少々比喩的になるが、動機の錯誤が法律行為の内容を形成せず原則として顧慮に値しないという論理とパラレルのものをみて取ることができる。所有権移転意思の源はあくまでも物権行為であるから、贈与の場合に典型的なように、極論すれば債権契約は不存在でも差し支えない。しかしながら、現実問題として考えたときに、物権変動を公示する前提として、審査機関である登記官が債権関係を実質的に問題にすることなく、口頭でなされるに過ぎない所有権譲渡の（いわば無色で抽象的な）⁽¹⁴⁾意思表示の有無・その他の簡単な審査をするだけで十分だとする草案の立場には、果たしてそれで当事者の真正な意思を反映する公示ができるのかという疑問が残る。理論面での純粋性と現実との折り合いの付け方が難しい。取引の安全及び迅速化を図るあまりに、物権関係と債権関係との連続性を不当に分離するのは妥当ではなからう。

(3) 先行原因行為の認識

① 草案

次に同一不動産につき競合する契約者がいる場合にどう処理すべきかにつわる問題をめぐる議論を検討する。ALRのルールによれば、契約の相手方である登記名義人又は占有者が無権利者であることを知る場合のみならず、二重売買で第二契約者が先行する第一契約を知る場合も、悪意者だからという理由で物権取得ができないとされた⁽¹⁵⁾。これらを区別することなく、同一の法理に服せしめることの妥当性がまず問題になる。この点は本稿の検討課題の一つである公示の原則と公信の原則を統一的に理解すべきか否かに関係する。次に、二重売買において、第二契約者が契約締結時点で先行権原の存在につき善意であれば、引渡時又は登記時に悪意に変つていてもよいのか、形式具備時になお善意が要求されるのか、争いがあつた。なぜなら、法文上は第二契約者の形式具備時を基準としているが、債権契約を唯一の所有権移転の権原と考えるALRの理論からは、権原取得時における悪意・善意を問題にする方が体系的には理解が容易であり、この法文自体のALR理論全体との体系的整合性が問われたからである。

これらの点に関して、理由書は草案第四条の意義を次のように基礎付ける。「プロイセン法の実務において、悪意 (Schlechtgläubigkeit) 概念の内包の不当な拡大は、認識の意味及びその認識の基準時をいつにするのか、更にはどのようなにしてそれを証明するのかに関して、多くの解釈論を生み出した。こうした許容しがたい状況は物権的合意主義によつて一掃することができ⁽¹⁶⁾。」と。先に指摘した不明瞭さを残すALRの準則に比して、このように物権的合意主義を採用すれば、先行する債権契約の認識は不問とされ、悪意は登記名義人の無権利を知る場合に限定され、同時に判断基準時は物権契約時たる所有権譲渡合意時という形で決着がつく。取引当事者の内心如何を逐一物権帰属関係確定において考慮するのが煩雑であるからこそ、客観的外形の具備によつて形式的に決着をつけ

る登記制度が重宝されるのである（画一的処理の要請）。わが民法起草者も強調していたとおり、登記主義導入の利点はまさにここにあり、この限りにおいてドイツ法におけるE E Gの功績は決して過小評価されるべきでない。

第二点目は登記による画一的処理とは違った実質的価値判断に関わる。理由書は更に次のように言う。「譲渡人が第一契約者に法的権原を与えた後、第二譲渡契約によって第一契約者との契約を守らなかったとしても、契約違反に共働しない第二契約者はこの法的事象に責任を負う必要はない。譲渡人が第一契約者に所有権を譲渡せず、他人を捜し求めることを正当化する動機にはさまざまなものが考えられ、第二譲渡の事実だけから直ちに譲渡人の行為を第一契約に対する違反であり、且不道徳な所作であると結論することはできない⁽¹⁸⁾」と。これはバイエルン民法草案理由書に述べられた自由競争論と同じものである。⁽¹⁹⁾このように同条は、債権―物権峻別論という分析的志向を徹底した概念法学的思考の産物であるばかりではなく、土地の流動化を促進するという強い政策目的に裏打ちされていた。すなわち、同一不動産の所有権取得を目的とする債権の複数成立は一応認めておくことが当事者の便宜にかなない、債権契約成立段階ではなお自由競争の余地を残す。したがって第二契約者が第一債権契約を知っていること（単純悪意）自体は非難に値せず、その他の諸事情を総合判断した上で、譲渡人の第一契約上の義務を不当に不履行へと誘うことになる（おそらく何らかの背信性を帯びた）第二契約者のみを違法と評価すべきことを示唆する。草案第四条の文言は物権関係を登記により画一的に確定することを定めるにとどまり、債務法上の調整について語るところはない。しかし理由書の記述を見る限り、債権契約を認識していても、物権変動論の枠外すなわち債務法上の損害賠償による手当てもしない趣旨と見られ、現実にR G判例においてこのことが確証される。⁽²⁰⁾

② 上院における審議並びに議決

上院の審議において、現実には占有している第一契約者の保護をめぐって草案に対する批判が相次いだ。⁽²¹⁾草案に対する全面的反対者リッペはA L Rが定める*jus ad rem*の存置を前提に、第一契約を認識した上でなされる第二

契約の締結・履行は不法行為を構成し、そのような不法行為者たる第二契約者にはいかなる権利も帰属しないと主張した。⁽²²⁾ このような主張の背後には、確かに登記主義の下では未登記第一契約者は特定物債権者に過ぎないが、引渡まで受けて占有利用している場合には第一契約者を保護する必要ありとの実質的利益衡量がある。こうした利益衡量を反映させた折衷案が上院委員会で提案され、上院決議案第八条二文として成立した。すなわち、「所有権譲渡の合意を求めうる権利を法律行為により取得し、これに基づき占有を得た先行契約者が存在し、登記された(第二契約者) 取得者が所有権譲渡の合意の際に第一契約者の占有の事実を認識していた場合には、第一契約者にも登記の取消の権利が与えられる⁽²³⁾」と。フォン・ゴスラーが、法的安定性を保証するために道德及び真の法の帰結(具體的妥当性のことか?)を犠牲にするわけにはいかず、草案第四条に対する反対は民衆の意識に根ざすものであると取引倫理を高らかに宣言すると、折衷案としての委員会決議案を支持する見解が相当強力となった。⁽²⁴⁾ しかしE E G体系の下では、占有自体は法律上公示の効力を認められない事実状態に過ぎないため、この決議に従うことは草案にとつては耐え難い妥協となる。これに対して、フェルスター側から説得力ある反論は展開されることがなく、一口に二重売買といえども、さまざまな場合がありうるので、一概にA L Rのように先行債権契約の認識のみで第二契約者を劣後させ、第一契約者を保護するのは行き過ぎであると述べるに止まった。⁽²⁶⁾

③ 下院における審議並びに議決

下院委員会では、草案と上院決議案との対立を受けて更に検討がなされ、上院決議案を基礎としつつこれに修正を加えるいくつかの代替提案も出された。⁽²⁷⁾ しかしこれらはすべて最終的に否決され、この問題においても下院決議案として再び草案の規定が復活した。⁽²⁸⁾ 政府委員フェルスターは、経済事情の変化を強調し、第一に、経済的手腕の發揮による利得は不法とならない、第二に、法の問題に道德の問題を持ち込むべきでない、と述べ草案を擁護する。これはわが国の高度成長期に有力に主張された「自由競争論」に連なる主張であるが、一般的なものにとどま

り、それ以上に深められることはなかった。ついには、「ALRの諸原則に執着・依存する一連の法律家」「地方的な利害関心を持つ人々」と草案に反対する者を揶揄する発言も登場し、審議の続行が無意味化した。政府草案を採用した下院決議案に従うべきだとの強力に擁護する意見が現れ、更に先述の時間的制約に加えて、抵当法の改革という当初の立法目的を実現するためにも、所有権取得法体系の部分だけにおける意見の不合致から立法作業全てが御破算になるのは好ましくないとして、妥結に至った。しかしフェルスターの述べる二点はいずれも検討を要する問題点であって、取引的不法行為並びに契約の拘束力という基本的問題との関わりにおいて、EEGは当時のドイツの社会における特殊な潮流を反映したものとして理解されるべきである。

（４） 登記の効力

① 登記の推定力

EEG第七条は、登記の形式的確定力を採用する諸立法と同様に、物権取得者としてのあらゆる資格を登記に結合する。実体関係との齟齬は、法第九条で登記の取消（Anfechtung）を一定の場合に認めることにより修正している。したがって、登記の取消が認められる場合、とりわけ第三者が取消することができるところを探求することが、EEGにおける登記の効力を理解する上で重要である。そこでまず法第七条の立法理由から検討してゆく。GBOの採用した不動産登記簿は、証書登録制度と異なり、いわば不動産の履歴書である。そのような登記簿に権利変動が記載された場合、その結果として登記された権利変動が存在するという法律上の推定力が働く。法第七条につき理由書は次のように述べる。「所有権取得が登記によって形式的に外部に表現されるだけでなく（対抗要件のことを意味するのである）、まさにそれによって効力を生じさせられる場合、登記簿上の所有名義人は更なる証明を必要とすることなく、登記の効力に基づき、物権的返還請求権を行使でき、当該土地に関するすべての訴訟において自己の権利を正当化しうる。…（中略）…したがって、登記された所有者に対して時効の抗弁は許されない。なぜなら

ば、そのような抗弁を許せば、登記簿の内容に反する事実状態を作り出すことになるからである。：更に返還請求をなす登記済所有者は、「売却され引き渡された物」の抗弁 (*exceptio rei venditae et traditae*) によっても棄却され得ないことになる。なぜなら、登記に基づいて導かれる権利はいずれにしても、土地を契約により引き渡されたが所有権の譲渡を受けていない者の権利よりも強力だからである。このような抗弁を認めれば土地登記簿の公的な信頼が害されることになる⁽³⁰⁾。と。このように、起草者は、登記された物権変動に法律上の推定力が認められるのは、登記効力要件主義の採用と密接に関連すると考えていた。

② 登記済不動産における時効取得の排除

次に、占有と登記という二つの公示手段の混在もALRでは大きな問題であった。従来、ALRは1985IIは、「抵当帳簿に登記された不動産上の権利は、単なる不行使によって消滅せず、それに抵触する権利が占有による時効によって取得されることもない」と規定をし、占有だけを要件とする時効取得を法文上は否定したが、プロイセン上級裁判所は、この規定を適用するにあたり、同条の言う「不動産上の権利」とは土地所有権自体を含まず、それ以外の個々の物権の場合にのみ適用を限定していた。その結果、実務上の取り扱いにおいては、登記済土地について占有だけを要件として時効取得が認められていたのである⁽³¹⁾。しかしEEGにおいて不動産取引に関して占有の公示力を否定する以上、登記主義を貫徹する為に、ザクセン民法と同様、登記を欠く占有のみによる時効取得を排除することが重要になる。この点については、委員会及び議会いずれにおいてもさしたる議論がなく、満場の一致を以って迎えられたと言ってよい。これにより日本法における時効と登記のような非常に厄介な問題はドイツ法では生ずることがなく、もっぱら登記を尊重した解決が徹底される。日本法の解釈における占有尊重説から登記尊重説への流れは、不動産取引関係を可能な限り登記主義的に処理しようとする傾向を示す好例の一つであり、基本的に評価されるべきであろう⁽³²⁾。

- (1) 第二次草案の立法史料を詳細に検討する文献として、有川哲夫「土地所有権取得法（一八七二年）の研究（二）（四）」名城法学一九卷三〇四号一一頁、二〇卷三〇四号二六頁、二二卷二号一頁、二四卷一号一頁がある。好美・前掲三四三頁以下は詳細に立法過程を跡付ける。
- (2) Werner, a.a. O., Bericht (H) S. 38 (L)
- (3) Werner, a.a. O., 1er Theil S. 49
- (4) Werner, a.a. O., Motiv. S. 14 (L)
- (5) Werner, a.a. O., Motiv. S. 16 (R)
- (6) Werner, a.a. O., Motiv. S. 18 (R)
- (7) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 66-67 [von Gossler]
- (8) Werner, a.a. O., 1er Theil S. 49
- (9) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 72 (L)
- (10) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 76 (R) [Rittberg], S. 82 (L) 98 (L) [Graf zur Lippe], 86 (R) [von Kleist Retzow], S. 90 (L) [von Gossler]
- (11) Werner, a.a. O., 1er Theil S. 9
- (12) Werner, a.a. O., Bericht (H) S. 102 (R)
- (13) Werner, a.a. O., Bericht (H) S. 40 (R) - 41 (L) 結局登記官が審査するのは、当事者の同一性・行為能力・及び当該不動産の処分権限の有無などである。
- (14) Werner, a.a. O., 1er Theil S. 48 当事者は原因証書の正本又は謄本を提出することができる。
- (15) 第二章第二節②① [立教法学四六号一四三頁]
- (16) Werner, a.a. O., Motiv. S. 15 (R)
- (17) 「史料物権法（二）」判タ六二三号（一九八六年）一七七頁、富井政章委員の発言「絶対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハ出来ヌ」はまさにこのことを端的に述べるものであろう。
- (18) Werner, a.a. O., Motiv. S. 15 (L)
- (19) 第二章第二節③③ [立教法学四六号一四七頁]
- (20) 第三章第一節①②⑤⑥ [判決参照]
- (21) Werner, a.a. O., Bericht (H) S. 45 (R), Verhandlungen (H) S. 68 (L) [von Gossler]
- (22) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 82 (R) 98 (R) [Graf zur Lippe]
- (23) Werner, a.a. O., 1er Theil S. 9
- (24) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 73 (R) [von Gossler]

- (25) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 103 (L) [von Bermuth], S. 103 (R) -104 (L) [Derburg] S. 104 (R) [von Kleist Retzow].
- (26) Werner, a.a. O., Verhandlungen (H) S. 73 (R) [Förster], S. 102 (R) [Meyer], S. 104 (R) [Zachariae] が草案を支持した。
- (27) Werner, a.a. O., Bericht (A) S. 110 (L) - (R) 詐欺・強迫・予備交渉関係の存在等、債権契約の瑕疵を理由とする登記の取消にいかに対処するかをめぐってさまざまな代替案が提出された。①物権的合意及び登記の有効性・取消可能性は従来の一般法たる ALR の準則に従う。②瑕疵を理由に登記の取消ができるが、それは復帰的物権変動を求める請求権としての性質を持つ。③第二契約者への譲渡により第一契約者への復帰的物権変動は履行不能となる。しかし譲渡人が譲渡により得た利益について代償請求権が第一契約者に与えられる。④第一契約者は第二契約が違法であることに基づき、土地の回復(自己への譲渡)又は補償のみを認める。
- (28) Werner, a.a. O., Verhandlungen (A) S. 129 (L)
- (29) Werner, a.a. O., Verhandlungen (A) S. 123 (L) [von Rönne]
- (30) Werner, a.a. O., Motiv S. 18 (L) - (R)
- (31) Werner, a.a. O., Motiv S. 18 (L) プロイセン上級裁判所判決集三四卷一二八頁
- (32) 我妻栄二有泉亨・前掲書注第一章(8)一一八頁、境界紛争類型訴訟では確かに問題は残るものの、原則的に登記尊重の方向で解釈するのが妥当であろう。

第三章 EEG 制定後

本章では、まず第一節において EEG 制定後の RG 判例を検討する。続いて、第二節では BGB の第八七三条、第八九四条、第九二五条が制定されるまでの過程を素描する。最後に第三節では、BGB 制定後の展開を判例・学説に即して検討する。

第一節 RG 判例

1 判決例の概観

第一に、物権行為の独自性・無因性との関連で、物権行為自体が無効とされるのはどのような場合か、仮に無効とされた場合、それに基づく登記も無効登記として、物権変動の当事者以外の第三者が登記の取消を求めることが

できるにはどのような要件が必要に関する判決例として、虚偽表示の場合【《1》判決】、客体に関する錯誤の場合【《2》判決】、登記官の過誤が介在した場合【《3》・《4》判決】、の順に検討する。次いで第二に、二重契約の場合に第二契約者が先行債権契約を認識していた場合【《5》・《6》判決】に、第二契約者がどのような要件の下で不法行為に基づく損害賠償責任を負うべきかを検討する。

① 物権行為の独自性・無因性と登記の効力

まず第一に、所有権譲渡の合意がなされたものの、それが真意を欠く虚偽表示に基づく場合に、物権変動も無効となるか。もし無効の場合契約当時者外の第三者がその登記を取り消すにあたっては、資格にどのような制限があるか。

《1》 R G 一八七九年十二月十三日判決 (Gruchot Beitrage, Bd. 24, S. 545)

〔事実〕 Aは土地の持分権をYに譲渡したが、X（持分権に物的利害関係を持たない一般債権者のようである）は当該譲渡契約は虚偽表示であり無効だと主張した。原審は、虚偽表示を理由とするかかる抗弁は、契約当事者間のみで許され、Xには第三者の権利による抗弁 (exceptio de jure tertii) は許されないとして、Xの主張を排斥した。

〔判決要旨〕（破棄差戻） E E G 第九条によれば、所有権取得登記は民法の諸規定に基づき取り消すことができる。所有権移転の意思表示、あるいは所有権移転の基礎にある債権的意思表示が真実意図されたものでない場合、およそいかなる権利義務も発生しない。⁽¹⁾したがって、それに基づく所有権取得の効果も生じない。ゆえに、契約当事者であるY及びAが所有権取得登記を取り消しうることに疑いはないが、契約関係外の第三者Xに取消権が帰属するのは、譲渡がなく係争地の持分権をなおAが保有していることにつき固有の法的利益を持つことを証明した場合

に限られる。本件においてはそのような証明がなされていないので、Xの無効主張は認められない。」

このように、《1》判決は、虚偽表示に基づく所有権譲渡合意及び登記の無効を認めつつ、第三者からの登記取消の請求を棄却した。真意を欠くという点は債権契約と物権契約双方に影響を与えるとみてよい。しかしこの無効を前提とした主張を契約外の第三者が主張するには、一定の法的利益を要件とすると限定したのである。

次に所有権譲渡の目的物Ⅱ客体に関する錯誤があった場合はどうか。客体に関する錯誤も債権契約のみならず物権行為を支配するから、例えば形式的に土地と建物の所有権譲渡の合意がなされてしまっても、当時者の一方は建物のみ譲渡を考えていた場合に、土地所有権の譲渡合意は無効といえるか。次の判決は、二重売買に類似する事例で、法律に関する錯誤により売買契約が無効又は取消可能な場合の所有権譲渡合意並びに登記の効力はどうなるかが問題とされた事例である。

《2》 RG一八八〇年五月二三日判決 (RGZ2, S. 228)

〔事実〕 A夫妻は甲家屋の所有者として登記簿に登記されており、同登記簿にはその附属物 (Zubehör) として二二モルゲン (約六六〇アール) の土地が記載されていた。A夫妻はXに土地所有権に触れることなく、一八七六年五月二二日に土地上の家屋を売却した。A夫妻には土地所有権を譲渡する意図はなかった。しかしXはALR 2§107⁽²⁾により、家屋の処分と同時にその従物たる土地の所有権も譲り受けたと考えていた。そして所有権譲渡の合意は係争地と家屋双方についてなされ、登記簿上Xが双方の新所有者とされた (登記の時期は不明)。なお一八七八年三月八日に改めてXは事後的に係争地もAより譲り受ける契約をした。しかしその約一年前一八七七年四月三〇日にAは口頭でYに係争地を売渡す契約を締結し、引渡しYが土地を占有している。そこでXは物権的請求権に

基づきYに土地明渡を請求した。これに対してYは、X—A夫妻間の係争地の売却は一八七六年五月の契約時点では無効であり、X名義の土地所有権の登記は無効であると主張し、反訴として登記抹消を請求した。

〔判決理由〕（本訴請求認容・反訴請求棄却）

「登記簿に所有者として登記されている者は、それに基づいて物権的返還請求権を行使しうるが（法七条）、所有権譲渡の合意が無効の場合には登記も無効登記となり、第三者から登記の抹消を請求することもできる（法九条）。本件においてXの係争地に関する所有権取得登記が登記官の過誤によりなされたとの主張・立証はない。むしろ当事者間に法律の不知を原因とする錯誤があった。この場合に土地に関するA—X間の売買契約又は所有権譲渡の合意の無効または取消可能性を第三者Yが主張できるかがここでの問題である。

一旦なされた所有権移転登記は、不当利得返還請求権・詐害行為取消権等の債権的請求権又は物権的請求権に基づいて抹消される可能性がある。ただし契約外の第三者が抹消登記請求をするにあたっては、登記の除去につき正当な利害を有していなければならず、無権限で土地を占有する不法占拠者は、たとえ善意でありかつ事実上除去につき利害関係を持っていたとしても不十分である。本件においては、Aらに上述の債権的請求権が認められるとしても、係争地に関して何らの物的権利を持たないYは抹消請求することができない。」

この判決も《1》判決と同様、債権的権原すら持たない不法占拠者の場合は勿論のこと、仮にYが特定物債権者だとしても無効登記の取消請求を棄却したのである。これら二つの判決は、登記に非常に強い効力を与えており、登記の公信力による保護を受けるに足る資格、すなわち当該不動産に対する物的利害関係の存在を、無効登記の取消の前提として要求しているように思われる。だとすればそこで言われる物権行為の無効は実質的には一定の第三者との関係でのみ生ずる広い意味での相対的無効だということになる。それでは本当にEEGが無因論に立ってい

るといえるのかという疑問が生じる。むしろ登記簿の形式的確定力の諸立法の段階に止まるような解釈と言える。

以下の事案は、登記官の過誤により、無効な所有権譲渡合意と登記が作出された場合に関わる。《3》判決は、無効な登記名義人から土地を譲り受けた現在の登記名義人に対して、真の所有者だと主張する占有者から登記名義の移転の請求があった場合、法第九条の要件が満たされない限り、占有者は登記の無効を主張しうることを認めた判決であり、《1》《2》判決の路線と並ぶものである。これに対して《4》判決においては、過誤による登記は絶対無効であることが理論上承認された。

《3》 RG一八八七年十一月一九日判決 (RGZ20, S.225)

〔事実〕 Yは未亡人W所有の登記済土地を一八七三年に購入する契約を締結し、甲区①②番の土地としてWとの間で所有権譲渡の合意をし、登記名義人となった。これに対してXは甲区①②番の土地の一部につき当該所有権譲渡合意の時点において時効取得に基づき所有権を取得していたと主張する。その後同土地は土地台帳再編成 (Katasterkontrolle) により、甲区①③番地の名称を与えられた。そこでXとYは甲区①③番地の土地所有権をめぐる争う。Xは台帳再編成における登記官の過誤により、自己が時効取得したはずの土地とともに甲区①③の一部と扱われており、この部分については登記は無効であるから、土地所有権確認と自己名義への登記の移転請求をYに提起した。これに対してYはそのような過誤については不知であり、甲区①③ (売買当時は甲区①②) はもっぱら前主Wの所有地であると考えていた。そこで、Yは、登記簿の内容を信頼して善意で甲区①③地の土地所有権を譲り受ける契約をし、現在は登記名義人となっているので、登記に基づき反訴として所有権確認及び土地の明渡をYに対して請求した。原審は本訴請求を棄却し、反訴請求を認容した。

〔判決理由〕 (破棄差戻)

「所有権移転登記が一般民法の原則により取り消されるといふ原則に修正が加えられるのは、他の法原則との衝突が生じる場合、すなわち登記簿の真正を信頼した善意の第三者が有償で目的土地を取得した場合である。所有権譲渡の契約 (Auflassungsvertrag) 当事者間において所有権譲渡の客体は、契約中に示された現実の意思が目的とするものであって、誤記された記載内容ではない。しかしXが係争地の真の所有者であり、A L R I Einleitung's 101によれば、無権利者のWはYに土地所有権を譲渡することはできない⁽³⁾。所有権譲渡の合意及び登記が虚偽表示に基づく場合には所有権移転により利益を害される契約外の第三者も登記を取り消すことができるというのが判例であるが【《1》事件参照】、同じ事は、譲渡及び取得する意思が現実には欠けており、かつ取得者の記載に不正があることを事後的に知りつつ、『明らかに不誠実な方法』で他人の犠牲において記載内容の不正を自己の利益に利用しようとしたに過ぎない場合にも当てはまる。したがって、Yが法九条の保護要件を満たすかどうか調べ直すよう、原審に差し戻す。」

《4》 R G 一八九一年一〇月一七日判決 (RGZ28, S.307)

〔事実〕 Yは四十年以上平穩公然に土地を占有していた前主Aより所有権譲渡の合意並びに登記名義の移転を受け、一八八〇年以来、甲区①番地の所有者として登記されていた。これに対してXは、①番地の土地の一部①—1 (小さな土地) を一八四四年に前主 (Aか否かは不明) から買い受けたBより更に買い受け、抵当帳簿に①—1の所有者として登記されていた。しかし一八七五年に登記簿が土地台帳と統合された際、登記官の過誤により、①—1とそれより大きな土地①—2が入れ違いに登記され、それ以降 (少なくとも一八八三年以降) 登記簿上Xは①—2の所有者と公示された。そこでXは、現在①—2を占有中のYに対して、自分は登記簿の内容を信頼して登記簿上の

前主から同番地の所有権譲渡の合意を受けたと主張し、所有権取得登記に基づき土地の明渡請求と損害賠償請求をした。これに対してYは、Xが登記官の過誤による登記内容の不真正を知っていたこと、XとBの間でなされた所有権譲渡の合意の客体はあくまでも①—1であること、Xは無償取得者であり登記の公信力の保護を受けられないこと、などを主張して、反訴として①—2の所有権確認を請求した。第一審・原審ともにXの請求を棄却し、Yの反訴請求を認容した。RGはXの請求を棄却したが、反訴に対するXの上告を理由ありと認めた。

「判決要旨」 (一部棄却・一部破棄差戻)

「確かに登記名義人は登記の効力により、所有権者としてのすべての権能を行使できるが、法七条が定めるのは、時効消滅の抗弁又は売却され引渡を受けたという抗弁の主張を封ずることだけである。したがってYが所有権譲渡の合意及び登記の無効を理由に登記を取り消す権能は制限されない。かつてRGは登記を契約外の第三者が取り消すには、所有権取得登記の除去につき正当な利益を有する者でなければならず、事実上占有するだけの者はそのような資格がないと判示した(《2》判決)。これは、第一に、登記のみが所有権移転の効力を引き起こすこと、第二に法九条の定める取消は債権的な取消権又は物権的な取消権を前提とする、ことに依拠する。しかしながらこのような見解は妥当でない。《2》事件においては、登記された所有者から訴えられた占有者が従前の所有者に対しては主張できた債権的権原を持っていたとしても、取消の抗弁(Anfechtungseinrede)までともに引き継ぐかが問題になった。これに対して本件においては、そもそも所有権譲渡の合意及び登記が無効なのであり、この場合すべての人が登記の無効主張、すなわち除去を請求できる。Xの請求棄却の部分について原判決を破棄する。

しかし他方で原審が、Yが①—2の所有者として登記されている事実だけからYが所有権であることを前提として原審が反訴請求を認めたことは失当である。こちらについても一八七五年の登記簿と土地台帳の統合の際に入れ違いがあった可能性があるからである。Yは有効な所有権譲渡の合意の存在を十分証明しておらず、調べ直す必要

がある。」

本判決は、E E Gが登記簿の形式的確定力による所有権取得を認めるものでなく、あくまでも登記に先行する物権契約の効果であることを再確認する。物権行為自体が無効であれば登記も絶対的に無効であり、これはすべての第三者が主張できる。本判決は《1》《3》判決と異なり、無因論に親しむ解釈となっている。

② 先行債権契約に関する善意・悪意不問準則

二重売買において第二契約者が所有権を取得した場合、土地所有権取得者が第三者の先行権原を認識していた場合、取得者に対する債権的請求権が認められるであろうか。この点について判例は消極に判断している。

《5》 R G 一八八九年三月二五日判決 (Gruchot Beiträge Bd. 33. S. 949)

〔事実〕 A夫妻はXと土地の交換契約を交わし、ともに引渡が済んだが所有権譲渡の合意及びその登記は未了であった。その後AはXに譲渡した土地を二重にY1に譲渡し、Y1は更にY2へと譲渡した。Xは、YらがX—A間の契約を知りつつあえて土地所有権を取得したとして、交換契約に基づく特定物債権を根拠とし、係争地を自己にY1・Y2共同して所有権譲渡すること並びに損害賠償を請求した。

〔理由〕 (上告棄却) 「A夫妻はXとの契約締結時に既にXに不利益を与える意図を持っていたわけではない。Xは、YらがXの先約を知りつつ係争地所有権を取得したことは、詐欺に加担するものだ」と主張するが、E E Gの立法理由に鑑みれば、取得権原を認識しているだけでは損害賠償請求権は発生しない。A L Rの規定はE E Gによって土地取引にはもはやあてはまらない。E E Gの理由書一四頁に言うとおり、取得者が他人の先行する権原を認識

していたという事情だけでは、悪意を語ることはできない。物の取得を目的とする権利を物的権利にまで高めるよう適時に配慮することは、たとえ他人が同様の権原を持っていることを知っていても、何ら不道德・不公平をなすものでない。自己の権利のために配慮を怠った者は、そのことから生じる不利益を自ら甘受しなければならない。」

《6》 RG一八九一年六月三日判決 (Gruchot Beiträge Bd. 35, S. 1101)

〔事実〕 YはA土地上の居住権 (Wohnungsrecht) に基づき家屋の引渡も受けて住んでいたが、登記を経由していなかった。Aは第三者Xに土地所有権を譲渡した。Yは土地上のXの居住権を知っていた。Xからの家屋明渡請求に対して、Yは抗弁としてXの所有権取得は不法行為であり、明渡に応じる必要はないと主張する。原審はXの請求を認容した。

〔判決要旨〕 (上告棄却)

「Xが主張する家屋に居住する物的権利は、登記をしないと第三者に効力を主張できない。所有権を取得した第三者がXの権利の存在を知っていたか否かを問わない。問題は詐欺 (Arglist) の有無であるが、他人の契約上の義務に違反しつつ、ALRI 35⁽⁴⁾の意味における不法行為とみなされるのは、契約相手方が契約違反をしていることを知るだけでなく、先行契約に基づく権利を挫折させる (verletzen) 意図を相手方が持っていることまで認識している場合にだけである。この原則を維持すべきである。」

このように、判例は、譲渡人が不当に第一契約者の債権的権利を害することの認識を必要とし、単純な債権契約の認識では第二契約者の行為を不法行為と評価することはできないと判断した。フランス法におけるフロード説ないしは日本法における背信的悪意者排除論に近い判断枠組みに立脚していることが分かる。しかし、《5》《6》判

決いずれの場合も第一契約者は目的土地を占有しており、明渡を強いられるとすれば過酷な結果となるので、このような解決には疑問が残る。

2 小 括

① 物権行為の独自性・無因性と登記の効力

以上の検討からも分かるとおり、物権行為の無因性を認めることの可否は独自性の問題と切断して議論されねばならない。無因性という比較法的に類例を見出しがたい原理の採用は、登記簿の形式的確定力という形式主義の系譜を持つドイツ法固有の沿革に基礎を置く。その当否は登記されるべき物権変動の内容の真正をどのようにして保証すべきかという観点から検討されるべきである。RG判例の検討の結果、登記官の過誤による登記には対応する物権契約が存在しないため、絶対的に無効とされ、何人も無効を主張できるのに対して、客体に関する錯誤や虚偽表示などの意思表示の瑕疵に関しては、これらが物権契約に影響を及ぼすことを承認しつつ（その限りで有因論へ逆もどりし）、登記の無効を主張する第三者の資格に制限を加えていたことが明らかになった。しかしこのような解釈により無因論の建前を維持することにはやはり無理があり、公示内容が取引当事者の実際の意思を反映した真正なものであるか否かのチェックを登記申請行為のみの審査で行うことの不自然さを露呈したものであるであろう。この点をめぐりBGB制定にあたり、無因論がいかなる展開をするか、節を改めて検討することになる。他方、例えば、契約締結段階から公証人が不動産取引に密接に関与し、債権契約の段階でそのような要請に答えようとするフランス法では、登記段階での厳しいチェックは不要である。⁽⁵⁾ 翻って日本法に目を転じると、登記手續において登記官にかような役割を期待することは無理であり、無因性を支えるに足る制度の整備がない。⁽⁶⁾ 日本法における無因性理論の凋落は当然であった。

これに対して物権行為の独自性の問題は、日本法の解釈論との関係では、物権変動の時期の議論に関連する。一見するところ、物権行為の独自性論は形式主義立法の下でのみ意味を持つように思える。しかし独自性肯定論がドイツ法において体系上整合性を持つのは、同法が物権変動における形式主義を採用したからではなく、その背後にある債権と物権を峻別する体系の特性との関係において捉えることができる。そうすると、日本法においても、債権—物権の峻別はともかく、少なくともその区別を承認する体系を採用した限りににおいて、債権・債務関係を設定する意思表示と物権変動の効果発生を直接意図する意思表示とは論理的に区別する方が整合的といえる。⁽⁷⁾すなわち分離主義の意味における物権行為の独自性を認めることは必ずしも無用の迂回路ではなく、意思主義に反するものでもない。そうすると物権変動の効果を生じさせる民法一七六条の「意思表示」は物権的意思表示を意味すると考え、判例の準則の見直しを促す独自性肯定説の主張にも一理ありと言うことができる。

次に登記の公信力の由来は、形式主義諸立法の下で、形式具備が権原又は原因なしに行われた場合、真の権利者から無効であるはずの登記を取消することができるが、登記簿の内容を信頼して取引に入った善意の第三者が出現したときには、取消を封じられ、その反射として第三者の所有権取得を認めるというものであった。すなわち登記に強い効力（権利移転効力）と法律上の推定力を認めることを前提として、それにも関わらず実体関係の裏付けを欠く登記を信頼した者の保護、すなわち取引の動的安全保障のために例外的に認められるのが公信原則である。それは絶対的公信力であり、無効登記作出の原因を一切問わない。そうすると、日本法において登記の公信力を認めるべきかどうかという議論をする前に、前提として登記に権利移転効力を認め、そして権利移転効力を認めるに値する登記申請内容と実体との合致を担保する制度上の手当てが可能かどうかを議論することが先決であろう。日本法の一七七条における公信力説は、むしろ二重売買ケースにおける第一契約者の静的安全を保護する為に、可能な限り第二契約者の優先場面を削ぐことをねらっており、登記の公信力の本来の狙いと逆のことを実現しようとする。⁽⁸⁾

② 先行債権契約の存在についての善意・悪意不問

次にE E G 第四条のルールの妥当性について考察する。確かに、登記に権利移転効力を与える形式主義立法の下では、特定物債権の認識は直ちに物権変動過程に影響を与えないと割り切り易い。登記による画一的処理の要請に答えるという意味では同条は評価に値する。しかしながら、第二契約者が特に詐害性を帯びた（日本の判例法にいう「背信的悪意者」の範疇に該当する）場合だけでなく、第二契約者が第一契約の存在を認識し更に第一契約者を保護すべきプラスαの事情があるとき、第一契約者の特定物債権の優先を認めるべき場合があろう。《5》《6》判決はいずれも第一契約者が占有利用してののである。にも関わらず、E E G 第四条の立法理由並びにそれを墨守した後のR G 判決のように、債務法上の損害賠償請求権等その他の調整方法を一切認めなかったことこそが問題なのである。効果の面で、悪質な第二契約者を排して第一契約者の物権取得という本来の目的を達成させる為には、特定物債権侵害の不法行為による原状回復請求という迂回路を用いる解決が考えられるが、債権契約と物権契約を別個独立に考えるドイツ法の体系の下では、日本法でしばしば議論されるような問題、すなわち債権契約としては有効な行為（適法行為）に基づく履行（物権契約）の結果が不法行為を構成するというのは評価矛盾ではないかという問題は生じないと考えられる。⁽⁹⁾したがってR G 判例が債務法（不法行為法）上の事後的調整を認めなかったのはやはり疑問であり、要件効果双方の面から突っ込んで実質的議論を行うべきであった。しかし以上は物権行為の独自性を承認することを前提としている。これに対して、E E G 第四条の意義を評価しつつ、同法の招くおそれのある実質的不公平を回避する道を日本法との関連で考えると次のようになる。判例・通説の意思主義すなわち有因的——一体的構成を前提とするかぎり、背信的悪意者の物権取得を認めつつ第一契約者の第二契約者に対する不法行為法上の損害賠償ないしは原状回復を容認することは評価矛盾とのそりを免れない。⁽¹⁰⁾同じ批判は債権契約としては有効でありながら、それ以降第一契約者並びに第二契約者いずれについても特段の事情の変化がないにも関わら

の有効性自体を問うという直截的な方法によっても解決可能であり、なおかつ右に述べた難問を回避するという大きなメリットがあると言うことができる。

- (1) ALR I 4 § 52: 権利義務関係が発生させる意思表示は真摯になされねばならない。
 - (2) ALR I 2 § 107: 主物の処分により従物 (Pertinenzstücke) の権利は新たな権利者に (Besitzer) に移転する。一時的に主物から分離されているに過ぎない従物も同じ。
- 錯誤による意思表示に関して ALR は I 4 § 75 ~ § 83 に規定を置く。まず、§ 75 によると、行為の本質的な部分又は意思表示の主たる客体に関して錯誤がある場合、意思表示は効力を有しない (ungültig) とされる。そして § 78 において、§ 75 ~ § 77 の場合において、たとえ表意者が錯誤を回避することができたとしても、意思表示はなお効力を有しない。§ 79 において、しかしながら表意者が重過失又は軽過失により錯誤に陥り、相手方が錯誤に気付かなかったときには、表意者はその責めに帰すべき損害について賠償義務を負う、と規定する。
- (3) ALR I Einleitung § 101: なにびとも自己が保有する権利以上のものを他人に譲渡することはできない。
 - (4) ALI I 3 § 35: 不法行為に基づいて行為者にはいかなる権利も発生せず、義務のみが発生する。
 - (5) 七戸克彦「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性——『ドイツ法主義』の理解のために——」法学研究六二巻一二号 (一九八九年) 三〇〇頁
 - (6) 今後の方向性としては司法書士その他の専門家が契約締結及び登記申請書類作成の段階で国民に密接に関与して申請内容の真正を担保する工夫ができれば望ましい。
 - (7) 日本民法典第五五五条が予定するのはそのような債権関係を設定する意思の合致だと読むのが素直であるから、判例の修正理論が説得力に欠けるのは勿論のこと、判例の契約締結時即時移転の立場も五五五条から売主に直ちに生じるのは財産権移転義務だけであることとの関係で一步突っ込んだ説明が必要であろう。また「物権的意思表示」をもつに至った時点をもって不動産売買契約の成立を認定し、それ以前の合意を売買予約と見る解釈的操作についても同じ疑問はあてはまる。
 - (8) 鈴木禄弥「不動産二重譲渡の法的構成——とくにいわゆる『公信力論』について」財産法学の新展開「一八六頁。二重売買ケースにおける第一契約者の静的安全の保護のための「公信力」概念の借用はややわかりにくい迂回路ということになるう。
 - (9) 例えば松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリ一〇八五号 (一九九六年) 九一頁以下。
 - (10) 例えば潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題 (2・完)」ジュリ一〇八〇号 (一九九五年) 八八頁。